

## Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS\*

### I. Libertad de las partes para elegir el lugar del arbitraje

#### 1. Ámbito de la libertad

1. En las controversias de orden interno las partes intervinientes se encuentran limitadas para la elección de foros disponibles, pero esta situación varía sustancialmente cuando estas derivan de negocios transnacionales. Precisamente el arbitraje fascina por la ambigüedad que resulta del factor de libertad que le confiere su débil anclaje espacial<sup>1</sup>. La autonomía de la voluntad proyectada en la cláusula compromisoria puede determinar el sometimiento al arbitraje de cualquier cuestión: la ley aplicable al fondo y al procedimiento; el idioma o idiomas que se utilizarán; el plazo; el nombre del o de los árbitros o de la institución administradora o la manera de determinarlo; la forma de contribuir a las costas, la limitación de eventua-

---

\* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid.

<sup>1</sup> Así comenzaba B. Oppetit su *Théorie de l'arbitrage* (Paris, 1998), con traducción póstuma español: *Teoría del arbitraje*, Bogotá, 2006, 292 pp.

les recursos, etc...<sup>2</sup>. En este contexto se sitúa también la libertad de las partes en la determinación del lugar del arbitraje (referente fáctico) o sede arbitral (referente jurídico)<sup>3</sup>, sin que, *prima facie*, pueda incidir en tal elección ningún condicionamiento de carácter material como la nacionalidad de las partes o la conexión del litigio con el Estado escogido<sup>4</sup>. Dicha libertad puede manifestarse en el acuerdo expreso o implícito de las partes o en la adopción de un determinado reglamento de arbitraje que prevea tal circunstancia. La sede del arbitraje no tiene por qué coincidir con la sede de la institución administradora del mismo, si nos hallamos ante un arbitraje institucional. Pero debe consistir siempre en una determinada plaza (Dallas, Ginebra, Lima, Madrid, México, D.F., Miami, Montevideo o París) y no un Estado por comportar el eventual concurso o control de un determinado órgano judicial que se individualiza de esta forma.

La elección de la sede supone consecuencias cruciales para el desarrollo del arbitraje y para la propia viabilidad del laudo arbitral, por lo que va mucho más allá de la ubicación física en que se llevará a cabo. El gran margen de maniobra que las legislaciones nacionales y las reglamentaciones arbitrales adjudican a los árbitros para desarrollar las audiencias no es el factor esencial, sino que existen otras consideraciones más relevantes, señaladamente, la determinación de ley rectora del procedimiento y de las normas de base que van a determinar la validez a lo actuado por los árbitros y las relaciones entre los árbitros y los jueces<sup>5</sup>. No es casual que las partes quieran conducir el arbitraje hacia aquellas sedes donde sus leyes procesales les aseguren que los tribunales estatales se encuentran dispuestos a asistirlos y les garanticen interferir lo menos posible con el normal desenvolvimiento del procedimiento arbitral. Puede

<sup>2</sup> Vid. F.E. Klein, «Autonomie de la volonté et arbitrage», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 255 ss y 479 ss, esp. pp. 489-491; H. Motulsky, «L'évolution récente en matière d'arbitrage», *Rev. arb.*, 1959, pp. 3 ss., esp. pp. 9-10; E. Verdera y Tuells, «La elección del lugar y el idioma en el procedimiento arbitral», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XI, 1995, pp. 35-57.

<sup>3</sup> Por ejemplo, la sentencia de la *Cour d'appel* de París de 28 de octubre de 1997 (*Soc. Procédés de fabrication pour le béton / Libye*), *Rev. arb.*, 1998, p. 399 ss y nota de B. Leurent) subrayó que la sede del arbitraje es una noción puramente jurídica, (...) bajo la dependencia de la voluntad de las partes, y no una noción material dependiente del lugar en donde se desarrolló la audiencia o el lugar efectivo de las actuaciones arbitrales.

<sup>4</sup> H. Verbist, «Le lieu de l'arbitrage dans le processus de négociation et de rédaction d'une clause d'arbitrage», *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1993, pp. 220 ss.

<sup>5</sup> H.C. Álvarez, «La escogencia del lugar del arbitraje», *Revista Internacional de Arbitraje* (Bogotá), n° 3, 2005, pp. 13-35.

afirmarse que la sede arbitral es una *legal juridical connection* fundamental para el devenir de la controversia.

2. Si la sede no está convenientemente fijada en el convenio arbitral es frecuente que existan importantes desavenencias entre las partes para su determinación<sup>6</sup>, resolviéndose esta cuestión por el propio tribunal arbitral o, en su caso, por la institución administradora del arbitraje si así está previsto en el correspondiente Reglamento de arbitraje.

Ejemplo de este último cauce es el arbitraje administrado por la CCI en el que «La sede del arbitraje será fijada por la Corte a menos que las partes la hayan convenido» (art. 14.1º Reglamento CCI)<sup>7</sup>, existiendo una amplia casuística acerca los criterios utilizados en tal determinación sobre la que volveremos. Otros Reglamentos establecen una suerte de «sede interina» hasta que exista un pronunciamiento definitivo por parte del tribunal arbitral una vez constituido; así el art. 13.1º Reglamento AAA declara que si las partes no se ponen de acuerdo con respecto al lugar del arbitraje, la propia AAA «podrá inicialmente determinar el lugar del arbitraje, sujeto a la facultad del tribunal de determinar finalmente el lugar del arbitraje dentro de los sesenta días después de su constitución. Dichas determinaciones se harán tomando en cuenta los argumentos de las partes y las circunstancias del arbitraje»<sup>8</sup>. Por último, un tercer bloque de reglas fija, en ausencia de designación expresa, la sede de la propia institución arbitral<sup>9</sup>.

3. La determinación del lugar del arbitraje por los propios árbitros se recoge en art. 20.1º Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional

<sup>6</sup> A. Samuel, «The Effect of the Place of Arbitration on the Enforcement of the Agreement to Arbitrate», *Arb. Int'l.*, vol. 8, n° 3, 1992, pp. 257-280.

<sup>7</sup> Este modelo es seguido por el Reglamento de Centro de Arbitraje de México (CAM): «El Secretario General fijará la sede del arbitraje a menos que las partes la hayan convenido» (art. 20.1º) y por el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (art. 45).

<sup>8</sup> Un criterio similar se mantiene en el art. 15.1º Reglamento Amcham-Chile.

<sup>9</sup> Reglamento del Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio: «La sede del arbitraje será la que surja de la cláusula arbitral. A falta de acuerdo entre las partes será la del CEMARC, sin perjuicio de que el tribunal arbitral sesione o se traslade a los lugares que estime necesarios» (art. 15); Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá: «A falta de designación expresa por las partes del lugar del arbitraje, éste será el de la sede del Centro o de sus filiales, según corresponda al proceso en cuestión» (art. 7.2º).

de 1985 (LMU), un precepto con evidente proyección en América Latina<sup>10</sup>, incluyendo Perú<sup>11</sup>: «Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive la conveniencia de las partes» y un tenor similar figura en algunos Reglamentos de arbitraje del hemisferio<sup>12</sup>. El primer supuesto, «circunstancias del caso», nos conduce a elementos de carácter pragmático tales como la proximidad de las partes y del tribunal arbitral al lugar elegido o la necesidad de practicar en él pruebas sustanciales como inspecciones oculares o pruebas testificales; la conveniencia de abaratar los costes y de evitar desplazamientos innecesarios de los miembros del tribunal, de los abogados de las partes y de los testigos juega como elemento determinante en múltiples ocasiones; y a ello cabe añadir la garantía de la efectividad posterior del resultado del procedimiento arbitral<sup>13</sup>. Mayores dificultades suscita la expresión «conveniencia de las partes», cuya inclusión no fue pacífica en los trabajos preparatorios de la LMU; su carácter indeterminado admite numerosas interpretaciones, desde el lugar que resulte más neutral para las partes, pasando por la sede donde existe una normativa más favorable, hasta el lugar donde existan mayores facilidades de acceso de todos los participantes en el procedimiento arbitral.

Este espíritu es seguido por otras leyes de arbitraje, aunque no todas regulan esta cuestión, para reforzar los criterios procesales impuestos por el legislador, que muchas veces acentúan (Colombia, El Salvador, Honduras y Panamá) el papel de la institución arbitral: art. 132 y, fundamentalmente, art. 197 Decreto n° 1818, de 7 de septiembre de 1998 (Colombia), art. 52 Ley de Me-

<sup>10</sup> Art. 42.1° Ley de arbitraje y conciliación n° 1770, de 10 de marzo de 1997 (Bolivia), art. 20.1° Ley n° 19.971, de 29 de septiembre de 2004, sobre Arbitraje Comercial Internacional (Chile), art. 40.1° Decreto Ley n° 7727, de 4 de diciembre de 1997, que contiene la Ley para los Métodos Alternativos de Solución de Disputas y la Promoción de la Paz (Costa Rica), art. 25.1° Ley de 16 de noviembre de 1995, de arbitraje (Guatemala), art. 1436.1° Código de comercio de México, art. 46.1° Ley n° 540 de 25 de mayo de 2005, de arbitraje y mediación (Nicaragua) y art. 23.1° Ley n° 1879/2002 de Arbitraje y Mediación (Paraguay).

<sup>11</sup> Art. 109 Ley n° 26572, General de Arbitraje, de 20 de diciembre de 1998, para el arbitraje internacional. Vid. F. Vidal Ramírez, *Manual de Derecho arbitral*, Lima, 2003, p. 95.

<sup>12</sup> Art. 16.1° Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial; art. 21.1° Reglamento del Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (Canaco); art. 6.1° Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje para el Mercosur de la Bolsa de Comercio, del Uruguay.

<sup>13</sup> G. Palao Moreno, «Art. 26», *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (S. Barona Vilar, coord), Madrid, 2004, p. 961.

diación, Conciliación y Arbitraje, publicada el 21 de agosto de 2002 (El Salvador), art. 61 Decreto n° 161/2000 de 17 de octubre: Ley de Conciliación y Arbitraje (Honduras) y art. 20 Decreto-Ley n° 5, de 8 de julio de 1999, por la cual se establece el régimen general de arbitraje, de la conciliación y de la mediación (Panamá), y en otros confirman la libertad expresamente en el caso de arbitraje internacional (art. 197 LA Colombia y art. 42 Ley 000.RO/145, de 4 de septiembre de 1997 (Ecuador). El caso de Ecuador es peculiar por fijar el art. 35 LA Ecuador, en ausencia de elección expresa, «el lugar de los efectos del acto o contrato materia de arbitraje o el del domicilio del demandante a elección de éste, en caso de no existir Tribunal de arbitraje en uno de los referidos lugares, deberá acudir a la localidad más próxima»; confundiendo, el tribunal arbitral con el lugar donde deberá desarrollarse el arbitraje<sup>14</sup> y demostrando con ello los inconvenientes del mimetismo de la proyección de los criterios del proceso jurisdiccional en el arbitral.

## 2. Límites en función de la especialidad del arbitraje o de exigencias corporativas

4. La regla general de que las partes determinan libremente de manera conjunta la sede del arbitraje, ofrece algunas excepciones. Ciertas modalidades de arbitraje limitan esta acción de la autonomía de la voluntad, por ejemplo, el art. 22.5° del Convenio de las NU sobre el Transporte Marítimo de Mercancías de 1978 («Reglas de Hamburgo») fija una serie de reglas para la fijación de la sede arbitral a elección del demandante considerando que las mismas forman parte del compromiso arbitral declarando nula y sin efecto cualquier estipulación incompatible con tales reglas<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> F. Mantilla Serrano, «Le traitement législatif de l'arbitrage en Amérique Latine (Quelques réformes récents)», *Rev. arb.*, 2005, p. 587.

<sup>15</sup> El párrafo 3° del mencionado precepto establece que «el procedimiento arbitral se incoará, a elección del demandante, en uno de los lugares siguientes: a) Un lugar situado en un Estado en cuyo territorio se encuentre: i) El establecimiento principal o, a falta de éste, la residencia habitual del demandado; o ii) El lugar de celebración del contrato, siempre que el demandado tenga en él un establecimiento, sucursal o agencia por medio de los cuales se haya celebrado el contrato; o iii) El puerto de carga o el puerto de descarga; o b) Cualquier lugar designado al efecto en la cláusula compromisoria o el compromiso de arbitraje». *Vid.* J.J. Álvarez Rubio, *Derecho marítimo y Derecho internacional privado*, Vitoria, 2000, pp. 79-84.

Asimismo no todos los Reglamentos de arbitraje permiten normalmente a las partes convenir el lugar del arbitraje. Algunas instituciones arbitrales exigen que todo arbitraje que ellas administren se realice en un lugar determinado, normalmente la sede de la institución. De este modo, la voluntad de las partes puede estar mediatizada por factores exógenos a la hora de elegir una determinada sede del arbitraje. Por ejemplo en Perú ciertos Reglamentos de arbitraje mantienen una *vis attractiva* con el Centro. Así, el art. 68 del Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima (en vigor a partir del 1 de enero de 2007) establece que «Los procesos arbitrales se desarrollan en la sede del Centro en la Ciudad de Lima, lugar donde se considera dictado el laudo arbitral»; y en la misma dirección el Reglamento Amcham-Perú dispone que «El arbitraje se realizará en la ciudad de Lima, en la sede del Centro, lugar en el que se desarrollarán las actuaciones arbitrales. Cuando la naturaleza del proceso así lo exija, el Tribunal podrá disponer se lleven a cabo actuaciones fuera de la sede, así como habilitar días y horarios para dichas actuaciones. El laudo se considera emitido en el lugar de la sede del Centro» (art. 5). Pero esta vocación de reconducir las actuaciones arbitrales a la sede de la institución administradora no es patrimonio peruano. Se registra también en otros Reglamentos de arbitraje como el del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago<sup>16</sup> o el del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica (art. 4.1º).

5. Esta limitación se observa también en determinadas modalidades de arbitraje, como el arbitraje marítimo, donde la elección de la sede se vincula a la sede de instituciones de arbitraje especialmente aptas para resolver la controversia. En la actualidad hoy es prácticamente imposible encontrar un contrato de fletamento (*charter parties*), por viaje (*voyage*), por tiempo (*time charter*) y casco desnudo (*bareboat charter parties*) que no incluya cláusulas de arbitraje, pero también figuran en otros importantes instrumentos de la contratación marítima como conocimientos de embarque (*bills of lading*) y también pueden resolver controversias surgidas en los contratos de compra o venta de embarcaciones y mercancías, contratos para la construcción y reparación de embar-

<sup>16</sup> Art. 5: «El lugar del arbitraje será Santiago de Chile, sin perjuicio de que el tribunal arbitral podrá oír testigos y celebrar reuniones en cualquier lugar que estime conveniente, en consideración a las circunstancias del arbitraje, como asimismo, podrá constituirse en el lugar que estime apropiado para inspeccionar documentos, mercancías u otros bienes».

caciones, contratos de suministro gubernamental y contratos de servicio y de travesía. Las cláusulas de arbitraje que estamos examinando hacen referencia por lo general a alguna organización marítima de árbitros ya establecida, principalmente en Londres o en Nueva York. En esta última plaza existe una gran tradición de arbitraje marítimo desde el siglo XIX y al amparo hoy de la *Federal Arbitration Act* se encuentra la *Society of Maritime Arbitrators (SMA)* fundada en 1963<sup>17</sup>. También se dedican a estos menesteres instituciones arbitrales más generalistas que también cubren las controversias derivadas del tráfico marítimo (*American Arbitration Association*). La eficacia de estas cláusulas se ha visto confirmado a partir de 1995 cuando el Tribunal Supremo de los EE UU consideró como válida una cláusula arbitral extranjera contenida en un conocimiento de embarque regulado por la *Carriage of Goods by Sea Act (COGSA)*<sup>18</sup>.

La trayectoria apuntada que pone de manifiesto cómo los operadores jurídicos en este sector prefieren que sus controversias sea resueltas por un árbitro especializado en la materia que por un juez estatal. Y a ello debe añadirse que en este concreto sector la mayor parte de las controversias ofrecen una marcada nota de internacional que aconseja el recurso a un árbitro neutral e independiente de las partes que desarrolle su función dentro de una institución arbitral acreditada como la *London Maritime Arbitrators Association (LMAA)*<sup>19</sup>, sin duda la institución mundial que lidera esta materia, la *Chambre Arbitrale Maritime à Paris (CAMP)*<sup>20</sup>, o la referida *Society of Maritime Arbitrators of New York (SMA)*; entre otras entidades dedicadas específicamente al arbitraje marítimo internacional que conforman un complejo entramado del que es muy difícil prescindir. Pero estos factores no son exclusivos pese a su extraordinaria importancia. Plazas como Londres o Nueva York constituyen centros especialmente aptos para el arbitraje por el activo papel que desempeñan los expertos en arbitraje marítimo y organizaciones marítimas de la importancia del *Lloyds of London*, del *Institut of Chartered Shipbrokers*, del *Lloyd's Register of Shipping*, etc.

<sup>17</sup> <http://www.smany.org/>.

<sup>18</sup> *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. / M/V Sky Reefer*, 29 F.3d 727; 115 S.Ct. 571. Hasta entonces todavía se barajaban en este Estado argumentos en contra y a favor de la validez de las cláusulas arbitrales en los conocimientos de embarque.

<sup>19</sup> <http://www.lmaa.org.uk/>.

<sup>20</sup> <http://www.arbitrage-maritime.org/>.

La razón de ser del arbitraje marítimo en estas plazas se encuentra muchas veces en propia la dispersión del contrato que puede hacer muy difícil su sometimiento por las partes a una ley determinada y a una sede arbitral de alguno de los aspectos esenciales. Así sucede, por ejemplo, en un contrato de fletamento en donde intervienen elementos subjetivos de diferentes nacionalidades, elementos objetivos como un diferente pabellón del buque o incluso pabellones de conveniencia, con varios lugares de carga o descarga, etc, la concreción de una ley es compleja. La dificultad de alcanzar un acuerdo sí permite inclinarse por una ley y una sede aparentemente neutrales como alcanza el arbitraje desarrollado en tales sedes<sup>21</sup>.

### 3. Dispersión geográfica de las actuaciones arbitrales

6. El lugar donde se localizan las actuaciones arbitrales no impide que estas puedan dispersarse geográficamente atendiendo para ello a razones de economía procesal y de conducir el procedimiento arbitral de manera más eficiente y menos costosa. Por lo general resulta más económico el desplazamiento del tribunal arbitral y de los representantes de las partes a una localidad concreta para proceder, por ejemplo, a recibir el testimonio de los testigos o el resultado de una pericia que desplazar a un gran número de personas a la sede del arbitraje para efectuar dichas funciones. Pero también ese desplazamiento puede obedecer a la puesta en marcha de determinada actuación procesal como, por ejemplo, la ejecución de una inspección ocular de instalaciones, mercancías, u otros bienes o documentos. Esta movilidad que se confiere al tribunal arbitral compensa en gran parte las limitaciones que atañen al procedimiento arbitral respecto del jurisdiccional en lo que concierne a la cooperación judicial internacional. Usualmente las audiencias y reuniones se llevan a cabo en el lugar del arbitraje, aunque pueden celebrarse en un lugar distinto. La selección de determinado lugar para realizar las actuaciones arbitrales crea un vínculo entre el arbitraje y una sede específica, pero esto no significa que todas las actividades del arbitraje deban celebrarse allí. La generalidad de los Reglamentos de Arbitraje regula esta facultad discrecional del tribunal arbitral en función de las circunstancias del arbitraje, cuya finalidad, es permitir que las actuaciones

<sup>21</sup> E.M. Rodríguez Gayán, «El arbitraje internacional en las pólizas de fletamento y en los conocimientos de embarque», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XII, 1996, p.18.



arbitrales se realicen de la forma más eficiente y económica. Además de la recopilación de pruebas en un sitio diferente de la sede del arbitraje, también puede resultar conveniente llevar a cabo otras actividades

Las deliberaciones del tribunal arbitral, pueden llevarse a cabo en cualquier lugar, inclusive, sus miembros no están obligados a reunirse físicamente. De esta suerte, si así lo desean sus miembros, deliberarán telefónicamente o por correo electrónico o en casos más complejos y en los que así se requiera, podrán reunirse en el lugar que estimen más conveniente. Esta movilidad está recogida el art. 20.2° LMU (reproducido en: art. 42.2° LA Bo, art. 20.2° LA Cl, art. 40.2° LA Cr, art. 35.2° LA Ec, art. 25.2° LA Gu, art. 1436.2° Ccom Mx, art. 46.2° LA Ni, art. 23.2° LA Py) al establecerse con carácter subsidiario al principio de libertad de elección de la sede que «el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos». Sin embargo, no todas las legislaciones que se apartan del texto anterior la prevén expresamente, a excepción del art. 20.2° LA Pa.

7. Dentro de esta movilidad el Reglamento de Arbitraje de la Uncitral de 1976 (RAU) establece ciertas matizaciones. Distingue al efecto entre la posibilidad de celebrar reuniones y oír testigos en cualquier lugar que el tribunal arbitral estime conveniente atendiendo a las circunstancias del arbitraje (art. 16.2°) y la eventualidad de inspeccionar mercancías y otros bienes o documentos, en cuyo caso, también es libre dicho tribunal de reunirse en cualquier lugar, aunque para ello deberá notificar a las partes con suficiente antelación para permitir su asistencia a tales inspecciones (art. 16.2°). Lo que no es opcional es el lugar donde el laudo debe dictarse, que debe corresponder siempre al lugar del arbitraje (art. 16.3°). Estas previsiones tienen suma importancia para América Latina por reproducirse el art. 16 RAU en el Reglamento de la CIAC.

En estas posibilidades abundan numerosos reglamentos de arbitraje en el sentido de permitir al tribunal arbitral celebrar reuniones en un lugar distinto del lugar del arbitraje con ciertas reservas. Por ejemplo, el art. 14 Reglamento CCI distingue entre el lugar las deliberaciones del tribunal arbitral, que no están sometido a ninguna restricción y las audiencias y reuniones que pueden celebrarse en lugar distinto a la sede del arbitraje «previa consulta de las par-

tes»<sup>22</sup> y estas previsiones son seguidas en la generalidad de los Reglamentos arbitrales de América Latina.

Puede resultar peligroso en determinados supuestos otorgar al tribunal arbitral un derecho ilimitado de acordar la celebración de reuniones en cualquier lugar que estime conveniente. Debe tenerse presente que la sede del arbitraje tiene consecuencias durante el procedimiento, pero también en la fase post-arbitral, de manera que la celebración de reuniones, siquiera sea con carácter fortuito, puede suponer que el arbitraje se vincule a un ordenamiento que las partes no quisieron ni previeron. El asunto *Hiscox / Outhwaite* suscitado ante la *Queen's Bench Division* inglesa en 1991 es ilustrativo de las grandes complicaciones que pueden surgir cuando los árbitros desplazan injustificadamente la sede arbitral<sup>23</sup>. A esto responde que los actos que integran el procedimiento arbitral se desarrollen en el lugar designado por las partes o, en caso de necesidad, con conocimiento y aceptación por ambas del traslado.

## II. Marco legal de la sede arbitral

### 1. Consecuencias de la inexistencia del foro del árbitro

8. En el arbitraje internacional no existe un orden jurídico que se imponga *prima facie* al árbitro; éste carece de foro, esto es, de un orden jurídico al que esté directamente vinculado y que le exija el cumplimiento estricto de sus normas<sup>24</sup>. Al carecer de *lex fori* los árbitros no actúan de la misma manera que los jueces estatales<sup>25</sup> hasta el punto que esta adquiriendo gran preponderancia

<sup>22</sup> *Vid.* un amplio comentario de este precepto y su proyección en la práctica arbitral en Y. Derains y E.A. Schwartz, *El nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, México, 2001, pp. 244-255.

<sup>23</sup> F.P. Davidson, «Where Is an Arbitral Award Made?: *Hiscox v. Outhwaite*», *ICLQ*, vol. 41, 1992, pp. 637-645.

<sup>24</sup> B. Goldman, «Les conflits de lois en matière d'arbitrage international», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 109, 1963-II, p. 367; E. Loquin, «Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international», *Journ. dr. int.*, t. 110, 1983, pp. 293-345, esp. p. 298; J.A. Pérez Beviá, «Algunas consideraciones sobre el árbitro y el orden público en el arbitraje comercial internacional», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. VI, 1990, p. 83.

<sup>25</sup> G.R. Delaume, «L'arbitrage transnational et les tribunaux nationaux», *Journ. dr. int.*, t. 111, 1984, pp. 535-538.

en los últimos años la tesis de que, cuando estamos ante un arbitraje comercial internacional el hecho de su desvinculación con los sistemas estatales es factible considerar que está desligado de toda jurisdicción nacional<sup>26</sup> y considerarse una mera «ficción legal» no siendo necesario una conexión real entre la sede del arbitraje y la localización física y geográfica del lugar donde el árbitro realiza sus funciones<sup>27</sup>. Al efecto existe una tendencia, gestada principalmente en los círculos arbitrales franceses y que goza de gran aceptación de otros círculos jurídicos en pro de la consolidación de un arbitraje internacional completamente desterritorializado (*arbitration unbound*). Una construcción con justificaciones muy sólidas sustentada en que un Estado no puede pretender el ejercicio del monopolio regulador de una transacción transfronteriza<sup>28</sup> y en que la designación de la sede tiene muchas veces un carácter meramente instrumental con una vinculación en ocasiones inexistente con el litigio. Pensemos en un contencioso entre una empresa brasileña y otra boliviana con cláusula CCI donde el Derecho aplicable al fondo es el boliviano pero se designa Montevideo como sede del arbitraje: es muy probable que, surgido el litigio si ninguno de los árbitros o de los representantes de las partes es uruguayo, ninguna actuación procesal tenga lugar en esta plaza, y que ni las partes ni los árbitros la pisen; pero el laudo tendrá nacionalidad uruguaya y su control, en caso de impugnación, debe realizarse allí. Sin embargo, dicha tendencia no ha podido imponerse en términos absolutos. Siempre existirán conexiones para medir el grado de proximidad del arbitraje en relación con un Estado que permitirán que determinar hasta qué punto éste tiene una vocación reguladora; y, en sentido contrario, dichas conexiones pueden utilizarse como expresión de alejamiento del arbitraje con dicho Estado<sup>29</sup>. La avidez de construir un concepto de arbitraje íntegramente desterritorializado, ha llevado a algunos Estados europeos a limitar la supervisión judicial sobre el procedimiento, por lo menos, cuando éste no involucra a sus nacionales<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> O. Sandrock, «To Continue Nationalizing or to De-Nationalize? That is Now the Question in International Arbitration», *American Review of International Arbitration*, vol. 12, 2001, pp. 301-334.

<sup>27</sup> G. Kaufmann-Kohler, «Globalization of Arbitral Procedure», *Vand. J. Transnat'l L.*, vol. 36, 2003, pp. 1318-1320.

<sup>28</sup> E. Gaillard, «L'interférence des juridictions de siège dans le déroulement de l'arbitrage», *Liber amicorum Claude Reymond: autour de l'arbitrage*, París, 2004, pp. 83-96.

<sup>29</sup> Se produce así un «efecto telescópico». Cf. M. Virgós, «El convenio arbitral en el arbitraje internacional», *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, n° 14, 2006.

<sup>30</sup> P. Read, «Delocalization of International Commercial Arbitration: Its Relevance in the New Millennium», *American Review of International Arbitration*, vol. 10, 1999, pp. 177 ss.

9. Hoy por hoy no parece factible que el arbitraje sobrevuele la diversidad de jurisdicciones estatales existentes en el panorama internacional, desconectado de cualquier sistema estatal. Baste comprobar que gran parte de los sistemas de arbitraje reposan en la dualidad arbitraje nacional / arbitraje extranjero que evidencia la existencia de un vínculo con un Estado nacional determinado, cuya expresión palmaria es, precisamente el «lugar» o la «sede» del arbitraje. Nos hallamos ante un concepto netamente jurídico que tiene importantes consecuencias legales en lo que concierne a la jurisdicción de los tribunales nacionales con respecto al auxilio del arbitraje o a la anulación del laudo. En efecto, al margen de proporcionar un foro en el cual las partes puedan solicitar la eventual anulación del laudo y del necesario auxilio en la ejecución del mismo, tres son las interacciones posibles de la jurisdicción de la sede en el arbitraje, en curso o ya acabado: en primer lugar, el juez puede ser llamado a intervenir en apoyo del arbitraje, completando la competencia de los árbitros en cuestiones vedadas a sus posibilidades; en segundo lugar, el juez retiene una competencia natural de control del laudo ya dictado y cuya utilización es dispositiva para las partes; por último, en todo momento, el juez nacional puede encontrarse ante la necesidad de pronunciarse sobre su propia competencia, en los casos en que una de las partes, en incumplimiento del convenio arbitral pactado, interpone demanda judicial. En todos los casos el juez nacional va a valorar la regularidad del arbitraje, aunque es cierto que en muy diferente medida: es obvio que existen diferencias notables entre la adopción de una medida provisional, asociada a un arbitraje, y la declaración de incompetencia o la resolución de un recurso de anulación<sup>31</sup>.

La elección de la sede, cuestión muy distinta a la elección del Derecho aplicable al arbitraje, depende de la voluntad de las partes, y no constituye un concepto físico que dependa del lugar donde se hayan llevado a cabo las sesiones o se haya pronunciado el laudo, lugares que pueden variar dependiendo de la bondad o la disponibilidad de los árbitros. La LMU adopta en su art. 1.2º una posición claramente territorialista al determinar la aplicabilidad de la ley a un procedimiento arbitral determinado en relación al lugar en que tiene su sede, lo que no implica en modo alguno que el arbitraje internacional se desarrolle dentro del sistema de administración de justicia del Estado en el que

<sup>31</sup> J.C. Fernández Rozas, «Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 290, 2001, pp. 24-25; F. Griffith Dawson, «El rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje: ¿asistencia o intervención?», *Ius Et Veritas, Revista de Derecho*, n° 15, Lima, 1997, p. 200 ss.

tiene su sede. Y esta cuestión no resulta sencilla en muchos sistemas de América Latina donde la concepción jurisdiccional del arbitraje sigue dominando<sup>32</sup> y donde la circunstancia de que los árbitros que reciben su mandato de las partes están absolutamente al margen de la estructura estatal, plantean problemas<sup>33</sup>. Resulta claro que la organización judicial del Estado de la sede ocupa un puesto mucho más importante en la elección que el desempeñado por el poder judicial del Estado donde se pretende la ejecución del Estado<sup>34</sup>.

## 2. Necesidad de un referente estatal

10. Una cosa es la carencia de foro y otra muy distinta prescindir por completo de una referencia estatal: de una sede del arbitraje. Un procedimiento carente de asistencia judicial produce un grado de inseguridad negativo para el desarrollo de la propia institución, de ahí que sea necesario un cierto nivel de vinculación del arbitraje con el foro. Ello suscita la cuestión de si un determinado sistema estatal puede admitir que se desarrolle un arbitraje en su territorio si no existe una designación a tal sistema y las partes y los árbitros no tengan la más mínima intención de establecer la sede en tal Estado o en otro extranjero, esto es, un arbitraje desvinculado de cualquier sistema estatal. La respuesta debe ser, en principio, negativa y así se han manifestado autores procedentes del mundo del arbitraje que no tienen ningún inconveniente en admitir que si, en caso de arbitraje institucional el Reglamento del Centro lo permite, se pueda transferir la sede del Tribunal arbitral a una plaza situada en otro Estado<sup>35</sup>.

Debe prescindirse, en todo caso, de la polémica, tanto doctrinal como profesional, acerca de las bondades del arbitraje supranacional, es decir, del arbitraje sin referencia estatal<sup>36</sup>. Se trata de una confrontación inacabada, que

<sup>32</sup> F. Vidal Ramírez, «Jurisdiccionalidad del arbitraje», *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 3, 2006, pp. 53-62.

<sup>33</sup> R. Garnett, «International Arbitration Law: Progress Towards Harmonisation», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 3, 2002, pp. 400-413.

<sup>34</sup> A. Samuel, «The Effect of the Place of Arbitration on the Enforcement of the Agreement to Arbitrate», *Arb. Int'l.*, vol. 8, 1992, pp. 257 ss.

<sup>35</sup> P. Lalive, J.F. Poudret y C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausana, 1988, pp. 298-299.

<sup>36</sup> *Vid.* Ch. Fragistas, «Arbitrage étranger et arbitrage international», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, pp. 1 ss.

se vincula a la paralela del «contrato sin ley» y que contiene en los últimos tiempos avances notables favorecedores de la anacionalidad, pero que en un marco de comparación amplia que se pretende realizar no puede desconocer que la sede del arbitraje aún ocupa un lugar relevante. La sede del arbitraje es el lugar geográfico elegido por la parte que determina cual es la ley aplicable a la solución de la controversia respecto de la cual el árbitro o los árbitros han recibido la misión de juzgar. Su localización determina también cual es la jurisdicción del Estado cuyos tribunales deberán resolver las dificultades que se susciten a los árbitros en el ejercicio de su función y ante la cual podrán suscitarse las eventuales acciones contra el laudo.

Como regla general el juez de la sede del arbitraje aplicará su propio Derecho procesal en la determinación del alcance de las intervenciones posibles respecto de un arbitraje. Desde esta especial perspectiva parece claro que la existencia de una sede arbitral procura la defensa efectiva de los intereses de las partes y sus derechos, al posibilitar la existencia de un juez de apoyo y de medios de *parer au déni de justice*<sup>37</sup>.

11. Al margen de las tendencias hacia la anacionalidad del arbitraje, la determinación del lugar del arbitraje sigue entrañando, como se ha apuntado, consecuencias tan relevantes como la determinación de la ley que sustenta el procedimiento, el marco del auxilio que deben prestar los jueces estatales, la consideración de si un arbitraje es nacional o internacional, el lugar en que se considera dictado el laudo, la arbitrabilidad de la materia o el ámbito del control judicial de lo actuado por los árbitros. Nos detendremos con una cierta atención en alguna de estas circunstancias.

Acaso el motivo principal que aconseja la decisión de la sede sea la consideración de normativa arbitral vigente en un determinado Estado. El lugar del arbitraje establece la ley que rige el procedimiento arbitral y ello afecta a cuestiones tales como el acuerdo de arbitraje, la constitución y la competencia del tribunal arbitral, la sustanciación de las actuaciones, el contenido del laudo, las causales de nulidad del laudo, las causales para denegar el reconocimiento o la ejecución del laudo amén de todo lo relativo a la intervención y a la asistencia de los jueces en el procedimiento arbitral<sup>38</sup>. De todas estas circunstancias

<sup>37</sup> A. Panchaud, «Le siège de l'arbitrage international de droit privé», *Rev. arb.*, 1966, p. 7.

<sup>38</sup> J.C. Fernández Rozas, «El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII, 2005, p. 615. *Vid.* F. Cantuarias Salaverry, «¿Ha sido correcta la decisión de que la Ley general de arbitraje

acaso la más importante sea el alcance de la anulación de los laudos en la sede arbitral aunque, como tendremos ocasión de insistir, esta situación es susceptible de obviarse si la ejecución del laudo tiene lugar en otro Estado. El alcance de la ley de la sede se mueve en un proceso dialéctico con respecto a las reglamentaciones de los centros de arbitraje que por obra de la voluntad de las partes cada vez ocupan mayor protagonismo. Y el resultado apunta a un debilitamiento de aquélla queda muchas veces reducida a la regulación de las funciones auxilio y control de los árbitros. Un debilitamiento que no supone la preterición de las funciones inherentes a la sede<sup>39</sup>.

12. El lugar del arbitraje es, además, un factor para que éste sea considerado internacional y ello es así si el lugar pactado en el acuerdo de arbitraje está situado fuera del Estado en el que las partes tienen su establecimiento. La relevancia el carácter internacional de un arbitraje se acrecienta debido a que, en algunos sistemas la legislación aplicable al arbitraje internacional difiere de la aplicable al arbitraje interno que suele no ser tan flexible al establecer muchas veces restricciones improcedentes cuando el juicio de árbitros posee carácter transfronterizo<sup>40</sup>. Por eso debe ser saludada, en Uruguay, la Sentencia n° 161/03 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil del Segundo Turno, de 18 de junio de 2003 (*Enersis, S.A. y otros / Pecom Energía, S.A. y otra*), que rechazó un recurso de anulación interpuesto contra un laudo en un arbitraje internacional que había fijado su sede en Montevideo, en función de los compromisos internacionales asumidos por ese Estado que obligaban a aplicar un

---

regule dos tipos de arbitraje: nacional e internacional?», *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, noviembre 2004 ([http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/regulacion\\_arbitraje.html](http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/regulacion_arbitraje.html)).

<sup>39</sup> Como pusiera de relieve en la jurisprudencia inglesa la Sentencia de la *Queen's Bench Division (Commercial Court)* de 20 de enero de 1999 (*Minmetals Germany GmbH / Ferco Steele, Ltd.*): «En el comercio internacional una parte que celebre un acuerdo arbitral en una jurisdicción extranjera está obligada no solo por el procedimiento arbitral local, sino también por la jurisdicción supervisora de los Tribunales del foro arbitral. Si el laudo es defectuoso o el arbitraje es conducido deficientemente la parte que se queje del defecto debe buscar en primer lugar aquellos recursos que existan bajo esa jurisdicción supervisora. Ello por la razón de que por su acuerdo sobre el lugar en cuestión como la sede del arbitraje acordó no solo referir las controversias a arbitraje, sino por que además la conducción del arbitraje debe ser objeto de esa jurisdicción supervisora. La adhesión a esta parte del acuerdo debe ser (...) una política cardinal a ser considerada por una corte inglesa que considere la ejecución de un laudo extranjero» (YCA, vol. XXIV.a, 1999, pp. 739-752).

<sup>40</sup> J.C. Fernández Rozas, «El arbitraje internacional y sus dualidades», *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 2006, núms. 5 a 11.

régimen distinto del previsto para el arbitraje interno; en esta decisión se percibe un empeño de convertir a Montevideo como una plaza neutra y segura para los arbitrajes internacionales mediante la conformación de la imagen de un Estado respetuoso con el arbitraje internacional<sup>41</sup>.

También determina el lugar del arbitraje la nacionalidad del laudo, lo cual es del todo relevante a la hora de solicitar su reconocimiento y ejecución; por ejemplo, el reconocimiento y ejecución de un laudo puede ser denegado en el supuesto de que el acuerdo de arbitraje no sea válido, de conformidad con la ley del lugar en que se dictó el laudo; por otra parte, en algunos Estados el lugar en que el laudo ha sido dictado determinará su ejecutabilidad, ya que hay sistemas que sólo ejecutan laudos que han sido dictados en determinados Estados. Los operadores jurídicos transnacionales que acuden al arbitraje pretenden resolver sus controversias en un marco apacible, de plena libertad y de asegurada confidencialidad pero no pueden obviar la necesaria supervisión de los tribunales estatales; asimismo, acuden a sedes encuentren situadas en un Estado que les garantice la ejecución de las decisiones arbitrales mediante el cumplimiento de convenciones internacionales.

### 3. Factores determinantes para la elección de la sede

13. La noción de sede en el arbitraje internacional designa, por lo general, un lugar en donde se efectúan de manera concreta las operaciones materiales del procedimiento arbitral como la audiencia de las partes, las pruebas testificales o la firma del laudo arbitral. Mas tal designación entraña unas consecuencias jurídicas de mayor entidad, pues es el resultado de la elección realizada por las partes como manifestación de su autonomía de la voluntad. Y aunque en la mayoría de los casos las dos acepciones se confunden es factible hallar una disociación entre ambas localizaciones en la medida en que los aspectos de ejecución material se efectúan en otro lugar que este designado por las partes o por los árbitros como la sede del arbitraje. En tales casos, la doctrina y la

<sup>41</sup> Se supera así una cierta incertidumbre que existía en Uruguay «teniendo en cuenta la larga tradición territorialista de dicho país; la concepción de un Derecho internacional privado resolviendo un conflicto de soberanías, lo cual conducía a la proscripción casi total de la autonomía de la voluntad en dicho ámbito; un sistema de conflicto muy clásico; y otros aspectos que iban en el mismo sentido» [Cf. R. Santos Belandro, «Nueva postura de Uruguay favorable al arbitraje comercial internacional», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007 (en prensa)].



jurisprudencia atienden exclusivamente al resultado de la designación efectuada por las partes.

La selección de determinado lugar como sede del arbitraje crea, en efecto, un vínculo entre el arbitraje y dicho lugar, pero esto no significa que todas las actividades del arbitraje deban celebrarse allí; la finalidad de esta facultad discrecional prevista en la generalidad de los Reglamentos de Arbitraje, es permitir que las actuaciones arbitrales se realicen de la forma más eficiente y económica. Por razones de conveniencia, el tribunal arbitral puede escuchar a algunos testigos en donde residen, dependiendo del número y de su ubicación, en vez de convocarlos al lugar del arbitraje; o alguna de las partes puede solicitar al tribunal arbitral que realice determinadas inspecciones oculares en un lugar distinto de la sede del arbitraje; y, aparte de la referida recopilación de pruebas en un sitio diferente del lugar del arbitraje, también puede resultar conveniente llevar a cabo allí otras actividades arbitrales. Por ejemplo, si el tribunal arbitral y los representantes de las partes se han trasladado a un Estado para escuchar a varios testigos suele resultar de utilidad aprovechar la presencia de todos los participantes para escuchar también allí, las alegaciones orales. Finalmente, en lo que concierne a las deliberaciones del tribunal arbitral, éstas pueden realizarse en cualquier lugar; es más, los miembros no están obligados a reunirse físicamente, pudiendo deliberar telefónicamente o por correo electrónico o en casos más complejos. Por descontado la sede de la institución administradora del arbitraje es totalmente independiente de la sede del arbitraje.

14. Al margen de los Estados que han consolidado a lo largo de los años una vocación a que su territorio constituya una confortable sede de los arbitrajes internacionales, en la mayoría de los Estados, pese a haber incorporado reglamentaciones favorables a la institución, el panorama ofrece rasgos singulares. Dichos rasgos se centran en la notable indeterminación de los contenidos necesarios y dispositivos de las leyes de arbitraje, que puede tener efectos nocivos en la eficacia final del arbitraje; se observa, asimismo, una evidente desconexión entre las normas de contenido procesal-judicial y formal con la institución que regulan y, por último, es evidente el carácter incompleto e inadecuado de las normas a la realidad del arbitraje comercial internacional. A partir de estos rasgos el arbitraje en estos sistemas no constituye un método seguro y eficaz de resolución de controversias comerciales, sino una auténtica sucesión de controles y obstáculos que, en última instancia, han terminado con la rapidez y con la eficacia que es inherente a la institución arbitral. En estos casos, la

ineficacia del convenio arbitral, la inaplicación de textos convencionales y la intervención de control de las jurisdicciones nacionales son cuestiones a la orden del día en la práctica<sup>42</sup>. Cuando las partes eligen como sede de sus arbitrajes plazas situadas en Estados tienen la seguridad de que podrán recurrir en ayuda de los tribunales estatales para solicitar medidas precautorias, que podrán pedirles el auxilio para el desarrollo de medidas probatorias; para el cumplimiento del laudo no cumplido espontáneamente; pero que también aspiran a que los dichos tribunales contribuyan al impulso y no a la obstaculización del juicio de árbitros.

Por eso existen diversos factores de hecho y de Derecho que influyen en la elección del lugar del arbitraje, cuya importancia relativa varía según los casos. Por ejemplo, de conformidad con las «Notas Uncitral sobre procedimiento arbitral»<sup>43</sup>, entre los más destacados se encuentra, en primer lugar, la idoneidad de la ley del lugar del arbitraje en lo relativo al procedimiento arbitral, aunque este elemento cada vez tiene menos relevancia por el hecho de que cada vez existen más Estados incorporados en todo o en parte a la LMU lo que contribuye a la tramitación de los procedimientos de arbitraje: un Estado cuya legislación esté inspirada en la LMU será considerado como un Estado poseedor de una legislación moderna en materia de arbitraje y favorable respecto de dicha institución jurídica. Y también es un dato a tener en cuenta la existencia de un tratado multilateral o bilateral en vigor entre el Estado en que tenga lugar el arbitraje y el Estado o los Estados donde quizá haya de ejecutarse el laudo; el referente obligado es la Convención de Nueva York de 1958 (CNY)<sup>44</sup> pues merced a la aplicación de su art. V por los distintos jueces estatales conduce a una uniformidad de soluciones en orden a la anulación de los laudos arbitrales en el sentido de que no se emplearán causales distintas de las contenidas en el referido precepto. Por último, también es apreciable la ubicación del objeto de la controversia y la proximidad de las pruebas. Y a los apuntados cabe añadir otros factores de consideración tanto de carácter jurídico como de facilidad y de eficacia para el desarrollo del arbitraje. Entre los

<sup>42</sup> Estos tres vectores son los utilizados en Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, 1996, pp. 111-112 como definitorios de las tendencias legislativas modernizadoras del arbitraje.

<sup>43</sup> <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-s.pdf>.

<sup>44</sup> F. Cantuarias Salaverry, «Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales: la Convención de Nueva York de 1958 y la Ley Modelo de Uncitral», *Themis. Revista de Derecho* (Perú), n° 21, 1992, pp. 17-24.

primeros se tiene en cuenta el grado de intervención y de colaboración en el procedimiento de arbitraje que, de acuerdo con la legislación local, tengan los jueces, los recursos que la ley local prevea en contra de los laudos arbitrales o la eventual existencia de disposiciones locales de carácter imperativo cuya violación de lugar a la nulidad del laudo. Entre los segundos es evidente que está la búsqueda de un lugar neutral, pues una sede arbitral así determinada, coadyuva a que ninguna de las partes se ampare en los beneficios de su propio medio jurídico, la circunstancia de que este cercano a las partes y al tribunal arbitral para facilitar los viajes, la disponibilidad de servicios de apoyo, etc<sup>45</sup>. Y todo ello sin olvidar factores de otro tipo como los derivados de inestabilidad política o de amenaza de guerra.

15. Por centrarnos en la perspectiva particular de una institución de arbitraje cabe señalar que la CCI emplea una serie de criterios de selección de la sede con el objeto de garantizar el *favor arbitratis*. Por ejemplo, la CCI no fija la sede del arbitraje en ninguno de los Estados de los que provienen las partes del litigio<sup>46</sup>, solamente fija la sede del arbitraje en un Estado que sea parte de la CNY de 1958, estudia, el estado de la legislación del Estado en cuestión en materia de arbitraje para establecer hasta qué punto su normatividad puede ser favorable al arbitraje y, por último, observa la actitud de las cortes nacionales del Estado en cuestión frente a la institución jurídica del arbitraje<sup>47</sup>. Los resultados de la toma en consideración de los elementos apuntados no han recibido un respaldo unánime por parte de los círculos de arbitraje de muchos Estados que se consideran discriminados por entender que las circunstancias de su exclusión por la CCI como sede de arbitraje no están justificadas<sup>48</sup>. El

<sup>45</sup> P.D. Friedland, *Arbitration Clauses for International Contracts*, Nueva York, 2000 (reimpresión 2004), pp. 36-37.

<sup>46</sup> H. Verbist, «The Practice of the ICC International Court of Arbitration with Regard to the Fixing of the Place of Arbitration», *Arb. Int'l.*, vol. 12, n° 3, 1996, pp. 347-357; S. Jarvin, «The Place of Arbitration; A Review of the ICC Court's Guiding Principles and Practice when Fixing the Place of Arbitration», *ICC ICArb. Bull.*, vol. 7, n° 2, 1996, pp. 54-58.

<sup>47</sup> L. Fumagalli, «La sede dell'arbitrato nel Regolamento ICC», *Riv. arb.*, vol. 11, 2001, pp. 619-642.

<sup>48</sup> Sin pretender ningún análisis estadístico baste referirse a la opinión de personas estrechamente vinculadas a esta institución: «la mayoría de los arbitrajes de la CCI aún se sitúan en Europa Occidental (así ocurrió en aproximadamente 80% de los arbitrajes CCI iniciados en 1997; Francia y Suiza fueron los sitios seleccionados en 50% de los nuevos casos...» (Cf. Y. Derains y E.A. Schwartz, *op. cit.*, p. 245, nota n° 403; en la estadística que figura en la p. 465, referida al año 1997 puede observarse que de 55 casos la CCI designó únicamente en una ocasión a una sede situada en América Latina, concretamente México.

resultado apunta a que las sedes son preferidas son ciudades situadas en Francia, Suiza, Reino Unido, EE UU y Austria, por más que muchas se postulen como idóneas para tal cometido<sup>49</sup>.

16. La existencia de un régimen de control específico para el laudo dictado en el arbitraje comercial internacional y la eventual disminución del nivel de control judicial constituyen sin lugar a dudas elementos esenciales para potenciar la existencia de arbitrajes en un Estado determinado. Con estos datos existe una clara tendencia a la «búsqueda» del lugar del arbitraje en el sentido de que se sitúe en un sistema arbitral con una regulación que proporcione seguridad y certidumbre. Las razones que justifican una actitud localizadora de este tipo pueden suelen un carácter estrictamente legal<sup>50</sup>. De hecho, las reformas legislativas en materia arbitral pretenden por medio de acciones de este tipo aumentar el número de sedes de arbitraje al tiempo que los Estados en cuyo territorio de desarrollan normalmente arbitrajes internacionales cuidan de que sus normas mantengan un exquisito acomodo a esta política de atracción. Por eso y tras una larga tradición en tal sentido las reformas acometidas en Francia a partir de 1981 han convertido a este Estado en una sede muy importante para el arbitraje internacional siendo un elemento muy decisivo las correctas relaciones entre los jueces y los árbitros<sup>51</sup>.

En general muchos Estados no son sedes habituales de arbitrajes internacionales por la ausencia de colaboración de sus tribunales con los árbitros. Es una opción lícita en cualquier ordenamiento, pero siempre que responda a la realidad. Los Estados no tienen por qué sumarse a la línea legislativa que se aprecia en muchos sistemas, ni establecer cánones maximalistas de internacionalidad o anacionalidad. Sin embargo, esta opción abierta a los legisladores nacionales no debe confundirse con la incorrecta aplicación de normas a causa de una actitud de desconfianza hacia el arbitraje. Si las bases de la institución

<sup>49</sup> M. Storme, «Belgium: A Paradise for International Commercial Arbitration», *Int. Bus. Lawyer*, 1986, pp. 294-295; L. Anglade, «Ireland as a Place for International Arbitration», *The American Review of International Arbitration*, vol. 12, n° 2, 2001, pp. 263-278; A. Chan y A. Woodward, «Singapore as a Place for Arbitration: Recent Developments», *Arbitration*, vol. 69, n° 1, 2002, pp. 10-23; W.J. Kassir, «The Potential of Lebanon as a Neutral Place for International Arbitration», *The American Review of International Arbitration*, vol. 14, n° 4, 2003, pp. 545-570.

<sup>50</sup> Vid. M. Storme y F. De Ly (eds.), *The Place of Arbitration. Third International Symposium on the Law of International Commercial Arbitration Ghent, 30-31 may 1991*, Gante, 1992, p. 5.

<sup>51</sup> Y. Derains, «France as a Place for International Arbitration», *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pierter Sanders*, Deventer, 1982, pp. 112-114.

están asentadas por la ratificación de instrumentos internacionales, no hay razón alguna, es obvio, que para obtener un adecuado cauce de tramitación se les ofrezca el adecuado cauce de aplicación. ¿Dónde radica el justo medio? De la comparación entre opciones como la francesa y la de la mayoría de los Estados de América Latina se configura un panorama de extremos, entre los pronunciamientos más abigarradamente liberales y la resistencia de algunos ordenamientos nacionales y sus jurisdicciones a flexibilizar el tratamiento del arbitraje, en cuanto posibilidad claramente escapista del Derecho estatal. Tal vez la vía de entendimiento radique en una desdramatización de los efectos del arbitraje, por una parte, que pase por un ineludible reconocimiento de su necesaria base legal y permisividad estatal<sup>52</sup>.

#### 4. Hacia el establecimiento de sedes de arbitraje en América Latina

17. No pocos Estados han emprendido la reforma de sus normas sobre arbitraje comercial internacional, con el propósito de convertir sus territorios en sedes seguras para la institución dentro del fenómeno altamente competitivo. Uno de los factores que cercenaban el desarrollo del arbitraje comercial en el área era la falta de promoción de un número considerable de procesos arbitrales en sedes arbitrales latinoamericana pues las leyes de arbitrajes no ofrecían garantías suficientes de rapidez, flexibilidad y certeza para las partes. No obstante en América Latina se observa un considerable avance del arbitraje incluso en aquéllos sistemas estatales donde ha habido una hostilidad a la institución que no sólo es fruto de un periodo periclitado, sino que ha conservado una cierta continuidad<sup>53</sup>. Han tenido que superarse una serie de reticencias de origen histórico y que apuntan a otro tipo de arbitrajes distintos de los comerciales, pero que han sido asociados a éstos. Puede afirmarse que hasta principios de los años noventa del pasado siglo, los Estados de América Latina habían sido reticentes a adoptar los diferentes mecanismos alternativos de solución de conflictos, y principalmente al arbitraje debido a la percepción de que estos eran utilizados como mecanismos de dominación por parte de los intereses foráneos; y a ello debe añadirse las

<sup>52</sup> E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, p. 152.

malas experiencias en los arbitrajes de Derecho internacional público y la omnipresencia del Estado. La consecuencia fue un fuerte proteccionismo comercial que hasta bien entrada la década de los ochenta imperó en la región. Por eso, el uso del arbitraje internacional en el hemisferio se ha incrementado decisivamente, todavía y existen Estados donde ha habido un notable avance aunque aún quede mucho camino por recorrer<sup>54</sup>. En los años conclusivos del siglo la institución arbitral era conocida, reglamentada en la totalidad de los países latinoamericanos aunque a partir de reglamentaciones anticuadas, que descansaban, principalmente, en los Códigos civiles, de comercio y de procedimiento civil<sup>55</sup>. Con posterioridad, al lado de importantes reformas legislativas que han conseguido un importante florecimiento de unificación en el subcontinente<sup>56</sup> y de correctos desarrollos jurisprudenciales<sup>57</sup>, se registró también una mayor especialización de los árbitros inscrita dentro de una cultura arbitral que se extiende a los abogados y a los jueces.

Una vez que en América latina se estableció la estructura necesaria para el desarrollo del arbitraje comercial los Estados del área comenzaron a incorporarse a tratados internacionales y redactar una legislación interna adecuada. Y a ello contribuyó un interés empresarial basado en que ambas acciones tendrían como virtud proponer en sus acuerdos arbitrales a su propio Estado como sede de futuros arbitrajes<sup>58</sup>. La adopción de leyes modernas de arbitraje fue sin duda un paso necesario para revertir dicho fenómeno todavía existente en las normas locales sobre arbitraje, y para promover una cultura favorable al uso del arbitraje como medio de resolución de diferencias internacionales. Desde la concreta perspectiva del control judicial del laudo la mayor libertad

<sup>53</sup> A.M. Garro, «Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America», *J.Int'l Arb.*, vol. 1, n° 4, 1984, p. 293-321; H.A. Grigera Naón, «Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility», *Arb. Int'l.*, 1989, vol. 5, n° 2, pp. 146-148; R. Layton, «Changing Attitudes Toward Dispute Resolution in Latin America», *J.Int'l Arb.*, vol. 10, 1993, pp. 123 ss.

<sup>54</sup> B.M. Cremades y W.L. Cairns, «El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XVI, 2002, pp. 15-61; *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n° 11, 2002, pp. 47-95.

<sup>55</sup> *Vid.* el libro editado por la Cámara de Comercio de Bogotá, *Panorama y perspectivas de la legislación iberoamericana sobre arbitraje comercial*, Bogotá, 1993, 396 pp., que incluye las legislaciones vigentes hasta ese momento.

<sup>56</sup> F. Cantuarias Salaverry, «Breve descripción de la situación del arbitraje internacional en América Latina», *Laudo* (Perú), n° 3, mayo 2004.

<sup>57</sup> J.B. Lee, *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*, Curitiba, 2002.

<sup>58</sup> J.C. Treviño, «El arbitraje comercial internacional: un recurso para América Latina», *Revista de investigaciones jurídicas. Escuela Libre de Derecho*, n° 12, 1988, p. 323.

se reconduce a una limitación en cuanto a los medios de impugnación contra el laudo; late en esta tendencia el objetivo jurídico del mínimo control. De hecho parece existir una relación directa entre el desarrollo del arbitraje internacional en un Estado y la flexibilización de lo que se entiende por mínimo tolerable a efectos de control y sumar su legislación arbitral al movimiento contemporáneo favorable al arbitraje comercial internacional.

El hecho de que este proceso de implementación de leyes especiales relativas al arbitraje comercial, y en muchos casos de descodificación de la regulación que antes existía sobre el arbitraje en los códigos procesales nacionales, se haya comenzado a gestar hacia principios de la década de los noventa no ha sido casualidad. Evidentemente una serie de factores económicos y políticos tuvieron una influencia crucial en el cambio de actitud de los gobiernos locales de dicho período que, convencidos de las ventajas de este mecanismo de arreglo de controversias, vieron como un paso necesario la adopción de leyes locales modernas sobre la materia. Pero, desde un punto de vista puramente legal, se produjo a mediados de los ochenta un hito único en el campo del arbitraje comercial internacional que, sin duda, fue determinante para que los gobiernos pudieran responder con éxito a tal desafío: la adopción de la Ley modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional por parte de las Naciones Unidas<sup>59</sup>. De hecho, en más de diez Estados latinoamericanos se introdujeron nuevas leyes sobre la materia y otros modificaron su propia regulación existente sobre arbitraje<sup>60</sup>.

18. En todo caso no puede dejarse de lado una nota de competitividad en el área con una clara tendencia hacia la constitución de sedes arbitrales que protagonicen los litigios mercantiles que afectan al hemisferio, pues no en vano, los principales arbitrajes comerciales internacionales se han realizado y se realizan en Nueva York, Londres y París a partir del protagonismo de instituciones consolidadas en el panorama internacional como la Asociación Americana de Arbitraje; la Corte Londinense de Arbitraje Internacional y la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París,

<sup>59</sup> A.M. Garro, «El arbitraje en la Ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y en la nueva legislación española de arbitraje privado: un modelo para la reforma del arbitraje comercial en América Central», *Arbitraje comercial y laboral en América Central* (A.M. Garro, ed.), Ardsley on Hudson, NY, 1990, pp. 24-61.

<sup>60</sup> C. Conejero Roos, «El impacto de la Ley de la Cnudmi sobre arbitraje comercial internacional en América Latina», *RCEA*, vol. XIX, 2004, pp. 255-256; *id.*, «La influencia de la Ley modelo de la Cnudci sobre arbitraje comercial internacional: un análisis comparativo», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, 2005, pp. 89-138.



respectivamente. Pero últimamente Miami ha desarrollado una fuerte promoción para que empresas de América Latina realicen sus arbitrajes en esa ciudad, con el estímulo de que éstos podrán efectuarse en castellano y algo similar está aconteciendo en otras plazas en el subcontinente y en Madrid. Si alguna de las partes insiste en designar como sede a un Estado de la Región, el escogido por excelencia resulta ser México y otros posibles elegidos, aunque con dificultades por razones de estabilidad política y económica, son Perú y Colombia. Chile y Argentina no eran escogidos bajo ningún concepto, por no contar con una ley de arbitraje internacional<sup>61</sup>, aunque la situación chilena ha cambiado sensiblemente con la entrada en vigor de la Ley n° 19.971, de 29 de septiembre de 2004, sobre Arbitraje Comercial Internacional, lo que evidencia que los Estados varían su legislación interna para atraer arbitrajes<sup>62</sup>.

La competencia, en efecto, no es ajena a los desarrollos recientes del arbitraje comercial internacional. Por razones económicas y de prestigio, los Estados pugnan por transformarse en centros arbitrales internacionales y si en los últimos años, Francia, España, Suiza e Inglaterra han modificado sus legislaciones con este objetivo, lo mismo puede decirse de México<sup>63</sup> o de Perú<sup>64</sup>. Ahora bien, no se trata simplemente de contar con un conjunto de normas o principios jurisprudenciales adaptados a las necesidades del arbitraje comercial internacional, sino también de resumirlos y expresarlos mediante formas que ya son conocidas y reconocidas a nivel internacional por haber pasado el tamiz de los operadores comerciales internacionales. La LMU claramente satisface esos requisitos, y por ese motivo ejerce tanta influencia en la confección de los nuevos textos»<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> N. Blackaby, D. M. Lindsey y A. Spinillo, *International Arbitration in Latin America*, La Haya, 2002.

<sup>62</sup> Vid. C.R. Drahozal, «Regulatory Competition and the Location of International Arbitration Proceedings», *International Review of Law and Economics*, vol. 24, 2004, pp. 371-384; *id.*, «Arbitrator Selection and Regulatory Competition in International Arbitration Law», *Towards a Science of International Arbitration: Collected Empirical Research* (C.R. Drahozal y R.W. Naimark, eds.), La Haya, 2005, pp. 167-186.

<sup>63</sup> L. Pereznieta Castro, «Commercial Arbitration in Mexico», *Florida Journal of International Law*, vol. 13, n° 1, 2000, pp. 29-32; J.A. Silva Silva, *Arbitraje comercial internacional en México*, 2° ed., México, 2001, 726 pp.

<sup>64</sup> F. Cantuarias Salaverry, «Comentario acerca de algunas disposiciones sobre arbitraje internacional contenidas en la Ley General de Arbitraje», *Ius et Veritas* (Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú), V, n° 8, 1994, pp. 69-74.

<sup>65</sup> H.A. Griguera Naón, «Arbitraje Comercial Internacional en el mundo actual», *Jurisprudencia Argentina*, n° 5998, Buenos Aires, 14 de agosto de 1996, pp. 34-35.



### III. Consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral

#### 1. El denominado «laudo flotante»

19. El control de la justicia estatal puede repercutir y de manera muy significativa sobre el fallo registrado por el laudo arbitral, condicionando toda la labor efectuada por los árbitros. Y es precisamente aquí donde las reticencias de un determinado sistema estatal respecto del arbitraje adquieren su máxima expresión. Hasta el punto de que sea factible poner en entredicho la utilidad misma de la intervención judicial, pues de su pronunciamiento depende la eficacia final del arbitraje. Si las partes optaron por el arbitraje en un principio cabe presumir que han asumido, sin renunciar a ella, la tutela judicial efectiva de manera distinta que si hubieran acudido directamente a la vía judicial para resolver su controversia. Por descontado, en el arbitraje comercial internacional el contenido del control judicial varía ya se realice ante el juez del lugar donde el procedimiento arbitral ha tenido lugar o ante el juez del Estado donde la ejecución del laudo arbitral debe tener lugar: «el juez de la impugnación tiene vocación de dar una resolución que trascienda sus fronteras mas la decisión del juez del reconocimiento es necesariamente de ámbito nacional»<sup>66</sup>. Esta apreciación es importante pues si estamos ante un laudo arbitral que no ha sido impugnado ante el juez en el Estado donde se ha pronunciado, la tutela jurisdiccional se desplaza necesariamente al juez del reconocimiento. Es preciso tener presente, de todas formas, que el doble control es en todos los casos posible.

Una vez que se solicita la impugnación de del laudo arbitral el juez se enfrenta con las mismas cuestiones que se plantearían con otra situación del tráfico privado externo. Y, dentro de éstas se halla la necesidad de localizar tal situación dentro de su jurisdicción. Únicamente tras la determinación del foro de competencia es posible localizar del laudo arbitral en el sistema judicial, aunque no jurídico. Ello implica que será competente un orden jurisdiccional para la fase de control, pero no necesariamente será aplicable su Derecho. La CNY mantiene un sistema de control, que reposa en lo que pudiera calificarse de «jurisdicción primaria» y de «jurisdicción secundaria». El control de la ju-

<sup>66</sup> M<sup>a</sup>V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, p. 26. Vid. F. Cantuarias Salaverry, «Cuestiones generales aplicables a las causales de anulación de laudos arbitrales dictados en el foro y a las causales para no reconocer y ejecutar laudos arbitrales dictados en el extranjero», *Themis, Revista de Derecho*, n<sup>o</sup> 50, 2005, pp. 87-95.

jurisdicción primaria corresponde al juez de la sede arbitral que utiliza las causas establecidas en un instrumento de base, que es la acción de anulación; adoptada su decisión corresponde a las «jurisdicciones secundarias», esto es, a las del lugar donde el laudo pretende ser ejecutado ejercer un nuevo control de todo el proceso arbitral. Consecuentemente la Convención reconoce a la jurisdicción primaria y a la jurisdicción secundaria ámbitos de acción diversos. La primera tiene un alcance universal y únicamente en ella es posible la anulación del laudo, en tanto que la secundaria posee un marco eminentemente territorial<sup>67</sup>.

20. La situación descrita se observa con más claridad desde la perspectiva del Estado ante el cual se pide el reconocimiento. Para el juez del reconocimiento el concepto de «Estado de origen» del laudo arbitral no tiene sentido en sí mismo, pues sencillamente se enfrenta al reconocimiento de un laudo arbitral «internacional» por su objeto<sup>68</sup>. Las conexiones que tenga ese laudo arbitral con ese Estado u otro deben concretarse en cada supuesto concreto: puede que el procedimiento arbitral se haya regido por la ley suiza, pero la arbitrabilidad por las leyes francesa e inglesa, ambas conectadas con el litigio, etc. La concepción jurisdiccionalista del arbitraje late tras el planteamiento del «Estado de origen», mas en este punto, la concepción contractualista explica mejor el fenómeno en el ámbito internacional<sup>69</sup>: el laudo arbitral (como un contrato internacional) «flota» hasta que dada una circunstancia (el foro de competencia) es «localizado» en un sistema judicial. Pero aún así es preciso insistir en que esta localización sólo alcanza la competencia judicial internacional; no implica, como ocurre en el área del Derecho aplicable, que el laudo arbitral quede regido en todos sus complejos pronunciamientos por ese ordenamiento jurídico.

<sup>67</sup> W.M. Reisman, *Systems of Control in International Adjudication & Arbitration*, Durham, 1992, pp. 107 ss; G. Brogini, «Le contrôle des sentences arbitrales internationales par le juge du siège et par le juge de l'exécution», *Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siebr*, La Haya, 2000, pp. 95-111.

<sup>68</sup> T. Rensmann, «Anational Arbitral Awards –Legal Phenomenon or Academic Phantom?», *J.Int'l Arb.*, vol. 15, n° 2, 1998, pp. 37-65.

<sup>69</sup> H. Motulsky, «La nature de l'arbitrage», *Ecrits*, t. II, *Etudes et notes sur l'arbitrage*, París, 1974, pp. 5 ss; B. Oppetit, «Sur le concept d'arbitrage», *Études offertes à Berthold Goldman*, París, 1982, pp. 229-239. En la doctrina española Vid. M.A. Fernández Ballesteros y otros, *Derecho procesal práctico*, t. VIII, 2ª ed., Madrid, 1995, p. 762; A. Bernardo San José, *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, Granada, 2002, pp. 8-17.

Resulta una afirmación generalizada, a partir de las tesis que abogan por la deslocalización del arbitraje<sup>70</sup>, aquella que afirma que del laudo arbitral «flota»<sup>71</sup>. Desde la óptica de la competencia judicial internacional la deslocalización del laudo arbitral no es consecuencia de la ley aplicable sino manifestación de la naturaleza de la situación privada internacional, que, eso si, se puede ver agravada por la sumisión del arbitraje a una ley no nacional<sup>72</sup>. La solución jurídica desde esta perspectiva de competencia judicial internacional trata de responder esencialmente a un objetivo: la conexión de del laudo arbitral con un orden jurisdiccional nacional<sup>73</sup>. Mas puede igualmente confirmar aquella situación de deslocalización si se acepta que el laudo permanezca ajeno a una jurisdicción. Y ello se puede alcanzar con nitidez admitiendo la renuncia de las partes al recurso contra la sentencia, lo que implica primar la autonomía de la voluntad de las partes frente a la voluntad de control-tutela del Estado.

## 2. Sede del arbitraje como criterio de competencia judicial internacional para la anulación del laudo

21. Respecto a la concreción del foro de competencia judicial internacional, tanto el art. IX de la Convención de Ginebra de 1961 sobre arbitraje comercial internacional (CG), como el art. V CNY, otorgan competencia a los tribunales del lugar donde se dictó del laudo arbitral. Esta conexión jurisdiccional hace referencia no tanto al lugar concreto de firma de del laudo arbitral, cuanto al del Estado en que se ha desarrollado el procedimiento, entendido este como sede del arbitraje, aunque sea ficticia. De la misma manera que los jueces de ese Estado pueden estar llamados en numerosas ocasiones a servir de apoyo al arbitraje, en la anulación se respeta el principio de proximidad otorgándoles la competencia. Es el procedimiento arbitral, como fase necesaria al momento en que se dicte del laudo arbitral, el que transmite el foro de anula-

<sup>70</sup> Criticadas con rigor por G. Cordero Moss, *International Commercial Arbitration. Party Autonomy and Mandatory Rules*, Oslo, 1999, pp. 410-412.

<sup>71</sup> J. Paulsson, «Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin», *ICLQ*, 1981, p. 358.

<sup>72</sup> M<sup>a</sup> V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación...*, op. cit., p. 34.

<sup>73</sup> El art. IX Convenio de Ginebra de 1961 es explícito al respecto: la anulación priva de eficacia a del laudo arbitral sólo si ha sido pronunciada por los tribunales del país en que dicho laudo se dictó.

ción. Pues bien, hay que tener presente que en algunos casos es posible la disociación; puede ocurrir que, habiéndose desarrollado el procedimiento plenamente en un Estado, la sentencia se dicte y firme en otro, por diversas razones. En este punto, la jurisprudencia inglesa ha optado por considerar que esa sentencia arbitral no ha sido dictada en su territorio y ello con independencia de que la totalidad del procedimiento se haya desarrollado allí<sup>74</sup>. Sin embargo, la generalidad de las legislaciones nacionales establece e interpreta que la sede del arbitraje, como criterio de competencia judicial internacional en el momento de anular la sentencia (jurisdicción primaria), corresponde con el lugar en que se desarrolló el procedimiento<sup>75</sup>. Acaso con la finalidad de evitar cualquier conflicto de interpretaciones, el art. 1.2º LMU establece directamente la competencia del juez del lugar en el que se desarrolló el arbitraje<sup>76</sup>.

La internacionalidad del supuesto no es dispositiva. Depende de que se den los elementos que la definen y no queda en ningún caso en manos de las partes. La jurisprudencia francesa se ha pronunciado repetidamente sobre el particular: las partes no eligen el tipo de recurso asociado al carácter interno o internacional del arbitraje, ni pueden alterar el sistema que corresponda<sup>77</sup>. En lo que respecta a las consecuencias de la internacionalidad del asunto es paradigmático el caso *Menicucci*; la *Cour d'appel* partió de la internacionalidad del supuesto para evitar la aplicación de las normas internas sobre el arbitraje, que impedían que éste se pactase en actos mixtos, es decir, negocios jurídicos no

<sup>74</sup> *Chambre des Lords* 24 de julio de 1991 (*Hiscox v. Outhwaite*), *WLR*, 1991, p. 297, *YCA*, 1992, p. 599-609. *Vid.* C. Reymond, «Where is an Arbitral Award Made?», *Law Quarterly Review*, vol. 108, 1992, pp. 1-6; F.P. Davidson, «Where is an Arbitral Award Made? – *Hiscox v. Outhwaite*», *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 41, 1992, pp. 637-645.

<sup>75</sup> Para un elenco completo de soluciones, Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, 1996, pp. 925-926.

<sup>76</sup> En términos generales la internacionalidad del supuesto no suele aparecer desde la perspectiva de la presentación de un eventual recurso del laudo sino desde la esfera de de su reconocimiento y la ejecución. Ello se observa con nitidez en el asunto *Bergesen / Joseph Muller Corporation* (Second Circuit New York, 17 de junio de 1983, *Rev. arb.*, 1984, pp. 393-394), decisión que aplicó el CNY a un laudo arbitral dictado en Nueva York entre partes extranjeras al considerarla «no nacional», de acuerdo al tenor literal del art. 1 CNY. Otro ejemplo revelador lo suministra el asunto *Productos Mercantiles e Industriales S.A. / Fabergé USA Inc., Industrias Unisola y Unilever USA Inc* (Second Circuit New York, 18 de abril de 1994, *Rev. arb.*, 1996, pp. 553-555 y nota de J.B. Lee, pp. 555-558). A partir de decisiones como las referidas se observa cómo el control de del laudo arbitral internacional se acerca al propuesto por la Ley modelo.

<sup>77</sup> *Cour d'appel* de París (1<sup>ère</sup> Ch. Civ.) de 27 de octubre de 1994, *Société de Diseno / Société Mendes*, *Rev. arb.*, pp. 265-267 y nota de P. Level.

totalmente comerciales. Para sentar la base del carácter internacional del contrato, *prius* indispensable para la aplicación de uno u otro sistema jurídico, el tribunal utilizó un criterio amplio. En efecto, no es internacional el contrato o litigio que esté conectado con varios sistemas jurídicos, o, al menos, no en exclusiva, sino aquél que ponga en juego los intereses del comercio internacional<sup>78</sup>. Esta tesis de validación de convenios arbitrales internacionales respecto a la prohibición interna es la que ha provocado la desvinculación del convenio de toda ley estatal en sus últimas expresiones<sup>79</sup>.

22. Existen otras causas, de especial relevancia en el control estatal, que se aprecian de oficio por el juez en todos los casos: la arbitrabilidad de la controversia y la adecuación de del laudo arbitral al orden público. Pues bien, en el art. IX CG se han suprimido ambas, por la posibilidad existente de que sean controladas por el juez del exequátur. Esto impide un doble control sobre las mismas materias que, en el arbitraje comercial internacional, encerraría un riesgo evidente: la duplicidad de ordenamientos nacionales proyectándose sobre las mismas categorías, en momentos diferentes y ante dos jurisdicciones distintas<sup>80</sup>. La regulación del recurso de anulación frente a un laudo internacional en las Convenciones internacionales es la mejor muestra de la visión limitada con que el legislador y los jueces enfrentan la regulación global del arbitraje internacional. Respecto a la CNY y a la CG es necesaria una salvedad interesante. La segunda de ellas, de ámbito europeo continental, es complementaria de la primera, hasta el punto que la pretensión ideal es que sean simultáneamente aplicadas. Si la CG regula las fases puramente arbitrales y llega hasta el recurso de anulación (incluido), la CNY se dedica específicamen-

<sup>78</sup> *Cour d'appel* de París, 13 de diciembre de 1975, *Menicucci / Mahieux*, *Rev. arb.* 1977, p. 147; *Journ. dr. int.*, 1977, p. 106.

<sup>79</sup> La sentencia *Dalico*, supuso de hecho, la desvinculación del convenio arbitral de cualquier ley nacional; sin embargo, un análisis detenido de esta jurisprudencia arroja el resultado que aquí se sostiene: se trata más bien de una norma, siquiera sea jurisprudencial, francesa y no de una verdadera norma material de origen internacional: *Cour de Cassation*, 20 de diciembre de 1993 (*Comité populaire de la Municipalité de Khoms / Dalico Constructions*), *Rev. arb.* 1994.1, pp. 116 ss.

<sup>80</sup> Como pusiera de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo austriaco de 20 de octubre de 1993 (*Redensaka / Kajo*), la anulación en un Estado contratante de un laudo arbitral regulado por la CG no constituye, de conformidad con su art. 9, un motivo de denegación del reconocimiento o de la ejecución si dicha anulación ha sido pronunciada por motivos de orden público en un Estado, de acuerdo con su ley intern. En este caso el Tribunal Supremo austriaco acordó el exequátur de un laudo arbitral pronunciado en la ex-Yugoslavia, pese a que había sido anulado por el Tribunal Supremo de Eslovenia, *Rev. arb.*, 1998, pp. 419-421.

te al reconocimiento y ejecución de los laudos dictados conforme al primero. Pues bien, esta articulación tiene consecuencias en el recurso de anulación. Teniendo en cuenta que todos los Estados parte del CG lo son de la CNY, se intentó evitar duplicidades innecesarias y dobles controles sobre el mismo laudo, aunque fuera en momentos diferentes. Por esta razón, la CG, en su art. IX restringe la anulación como causa de rechazo del reconocimiento previsto en el art. V.1º CNY a las causas expuestas en el referido art. IX. Y lo más llamativo es que éstas se restringen a las consideradas alegables a instancia de parte, tradicionalmente, aquellas que se dedican al control de regularidad del procedimiento arbitral y de eficacia formal del laudo arbitral.

Debe tenerse presente, por tanto, que en las relaciones entre partes con domicilio o sede social en Estados parte del CG, la arbitrabilidad y el orden público, causas troncales de anulación de del laudo arbitral, decaen a favor del control en reconocimiento. Aunque los motivos para declarar la nulidad de un laudo coinciden casi exactamente con los motivos para denegar su reconocimiento o ejecución, habría que señalar dos diferencias prácticas. En primer lugar, los motivos relacionados con el orden público, incluido el hecho de que el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje, pueden diferir en cuanto al fondo, según el Estado de que se trate (*v.gr.* el Estado en el que se declara la nulidad o Estado de la ejecución). En segundo lugar, y lo más importante, los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo sólo son válidos y eficaces en el Estado (o Estados) en los que la parte vencedora pretenda su reconocimiento y ejecución, en tanto que los motivos de nulidad tienen repercusiones diferentes: la anulación de un laudo en el Estado en que haya sido dictado impide su ejecución en todos los demás Estados, conforme al inciso e) del párrafo 1) del art. V CNY y al ap. v) del inciso a) del párrafo 1) del art. 36 LMU. El control de estos dos aspectos, de alguna forma «sobrevuela» el territorio sede y por tanto el control del recurso de anulación. Una línea jurisprudencial, preferentemente franco-norteamericana, aunque ya se ha extendido a otros círculos jurídicos pro-arbitrales confirma esta afirmación<sup>81</sup>.

<sup>81</sup> Baste atender al fallo del Tribunal Supremo austriaco en el referido asunto *Redensaka / Kajo*. *id.* nota de P. Lastenouse y P. Senkovic, *ibid.*, pp. 421-430.

### 3. Soluciones favorables al exequátur de laudos anulados con anterioridad por el Tribunales de la sede del arbitraje

23. La elección por las partes del procedimiento arbitral como método para resolver su controversia comporta un cumplimiento eficaz del laudo arbitral, en concreto, su ejecución; de ahí que el laudo firme sea considerado como *res iudicata* (art. III CNY), no quedando absorbido en ningún caso por la sentencia que en el Estado de origen lo confirma, al rechazar los motivos de anulación que se interpusieron en su día en contra de él: lo que se ejecuta es el laudo y no la sentencia que lo confirma y de los arts. 35 y 36 LMU no cabe vislumbrar indicios de que hubiera que considerar que los laudos se confundan con las sentencias que los confirman<sup>82</sup>.

Ahora bien, por lo general el laudo arbitral no es ejecutado de forma voluntaria lo que obliga a la parte vencedora a dirigirse a la jurisdicción estatal para obtener el exequátur de dicho laudo; por esta razón resulta esencial que el laudo sea susceptible de ejecución forzosa tanto en el ámbito interno como en el internacional y que en este último caso se otorgue el máximo de facilidades para facilitar el exequátur. La deslocalización del arbitraje en el contexto que estamos examinando se refleja en una línea jurisprudencial adoptada por Tribunales de Estados favorables a la institución y de la que cabe referirse a los asuntos, *Hilmarton*, *Chromalloy*<sup>83</sup>, *Lapine Technology Corp.*, *Arab Investment Guarantee Corp.*<sup>84</sup> y *Betchel*<sup>85</sup>. El denominador común es una serie de decisiones que resolvieron favorablemente el exequátur de laudos que habían sido anulados con anterioridad por el Tribunales de la sede del arbitraje; es decir, unos fallos anulados en origen y validados posteriormente por el juez del exequátur<sup>86</sup>. Debe tenerse en cuenta que el art. V.1º.e) CNY establece, como

<sup>82</sup> Ontario Court, General Division, 13 de febrero de 1992 (*Robert E. Schreter / Gasmac Inc.*), 7 Ontario Reports (3d), 608.

<sup>83</sup> *Chromalloy / Egypt*, DDC 1996, F. Supp., pp. 907 ss; T.E. Carbonneau, «The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements», *Vand. J. Transnat'l L.*, vol. 36, 2003, pp. 1224-1225; G.H. Sampliner, «Enforcement of Nullified Foreign Arbitral Awards: Chromalloy Revisited», *J. Int'l. Arb.*, vol. 14, nº 3, 1997, pp. 141-165.

<sup>84</sup> *International Arbitration Law Review*, vol. 1, nº 2, febrero 1998, pp. 35 ss.

<sup>85</sup> *Vid.* un estudio detenido de esta jurisprudencia en J.C. Fernández Rozas, «El arbitraje comercial internacional...», *loc. cit.*, pp. 633-635.

<sup>86</sup> *Vid.* Ph. Fouchard, «La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine», *Rev. arb.*, 1997, pp. 329 ss; G.R. Delaume, «Enforcement Against a Foreign State of an Arbitral Award Annulled in the Foreign State», *Revue de droit des affaires internationales*, 1997, pp. 253-254; A. Giardina, «The International International Recognition and Enfor



causal para la denegación del exequátur, que «sólo se podrá denegar en reconocimiento» cuando «... la sentencia... ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia».

24. El asunto *Hilmarton* tuvo su origen en un contrato de intermediación celebrado entre la entidad «Omnium de traitement et de valorisation (OTV)» con la sociedad inglesa «Hilmarton Ltd»; que incluía una cláusula de sumisión a la CCI; ante el impago de los servicios por la primera de estas sociedades Hilmarton inició un procedimiento arbitral en Ginebra que concluyó con un resultado adverso para ésta pues el laudo pronunciado el 19 de agosto de 1988 consideró el contrato suscrito era contrario al orden público internacional y en consecuencia nulo<sup>87</sup>. Hilmarton, presentó recurso de anulación en el lugar de emisión del laudo y el juez suizo consideró que el fallo era arbitrario pues aunque era evidente que el contrato podía ser contrario al orden público de un tercer Estado (en este caso Argelia) no era contrario al orden público internacional suizo; y esta decisión fue confirmada por el Tribunal federal. Ante esta anulación se inició un segundo procedimiento arbitral que concluyó el 10 de abril de 1992, acomodándose el nuevo laudo a los criterios apuntados por el juez. Sin embargo la entidad francesa antes de que el Tribunal federal resolviese el recurso presentó el exequátur del primer laudo en Francia y el juez francés sobre la base del art. VII CNY y del art. 1502 NCPC consideró que la anulación practicada no podía tener lugar por no caer dentro de la noción de orden público incluida en este último precepto<sup>88</sup>. Con posterioridad, tras la solicitud del segundo laudo arbitral se suscitó una batalla jurídica<sup>89</sup> en distintas instancias francesas que concluyó con una sentencia de la *Cour de Cassation* de 10 de junio de 1997 en la que rechazó el exequátur del segundo laudo emitido

---

cement of Arbitral Awards Nullified in the Country of Origin», *Riv. dir. int. priv. proc.*, vol. 37, 2001, pp. 265-278; P. Mayer, «Revisiting 'Hilmarton' and 'Chromalloy'», *International Arbitration and International Courts: the Never Ending Story* (A.J. van der Berg, ed.), La Haya, 2001, pp. 165-176.

<sup>87</sup> V. Heuzé, «La morale, l'arbitre et le juge», *Rev. arb.*, 1993, p. 179.

<sup>88</sup> De acuerdo con la Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 19 de diciembre de 1991, confirmada por la de la *Cour de cassation* de 23 de marzo de 1994, «l'insertion dans l'ordre juridique français d'une sentence rendue en matière d'arbitrage international, annulée à l'étranger par application de la loi locale, n'est pas contraire à l'ordre public international, au sens de l'art. 1502, 5º», *ibid.*, p. 329.

<sup>89</sup> *Vid.* una evolución detallada del asunto y la opinión favorable hacia la actitud adoptada por el juez francés en M<sup>a</sup> V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación...*, *op. cit.*, pp. 161-166.



en Suiza y de la sentencia del Tribunal federal. Este fallo abrió, como es natural, un amplio debate doctrinal por la eventual puesta en cuestión del efecto unificador de la CNY y atentado a la armonía internacional de soluciones, pero fue ratificado en decisiones posteriores<sup>90</sup>. Concretamente, la Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 14 de enero de 1997 declaró la ejecución en Francia de un laudo arbitral pronunciado en Egipto que había sido anulado por los Tribunales de El Cairo<sup>91</sup>.

Continuando con la doctrina sentada por la Sentencia *Hilmarton*, el asunto *Bechtel*, objeto de la Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 29 de septiembre de 2005, es absolutamente revelador de la autonomía del arbitraje respecto del control del laudo por el juez de origen. La referida decisión reconoció el exequátur en Francia de un laudo pronunciado en Dubai pese a que éste había sido anulado por los tribunales de este Estado, que era la sede del arbitraje por un defecto de procedimiento; en concreto, el árbitro único en la fase probatoria no había tomado juramento a los testigos, basado en la ley islámica, que exigía ley local. El juez del exequátur no tuvo en consideración este extremo entendiendo que la violación de una formalidad local no podía ser esgrimida internacionalmente como causa de nulidad de un laudo, máxime cuando éste se presentaba para su reconocimiento ante un tribunal distinto del Estado en donde fue anulado. El fallo del árbitro quedó absolutamente desvinculado del orden jurídico estatal adquiriendo efecto fuera de las fronteras de éste<sup>92</sup>.

25. Mas la doctrina reseñada no es patrimonio de la jurisprudencia francesa. En el asunto *Chromalloy* el Juez del Distrito de Columbia (EE UU) reconoció el laudo a pesar de que éste había sido anulado por un Tribunal de Egipto en 1995, que era el Estado donde se había fijado la sede del arbitraje, por considerar éste que la ley egipcia designada para al arbitraje no había sido correctamente aplicada por el tribunal arbitral. El juez entendió que tenía, pese a la circunstancia descrita en el referido art. V, facultades discrecionales para dene-

<sup>90</sup> *Ibid.*, pp. 154-165.

<sup>91</sup> *Rev. arb.*, 1997, p. 395 y note de Ph. Fouchard.

<sup>92</sup> Para la *Cour d'appel* la sentencia de anulación pronunciada en Dubay no podía ser reconocida en Francia porque «les décisions rendues à la suite d'une procédure d'annulation, à l'instar des décisions d'exequatur, ne produisent pas d'effets internationaux car elles ne concernent qu'une souveraineté déterminée sur le territoire sur lequel elle s'exerce, aucune appréciation ne pouvant être portée sur ces décisions émises par un juge étranger à l'occasion d'un procès indirect» [*Cour d'appel* París (1<sup>ère</sup> Ch. Civ.), 29 de septiembre de 2005 (*Société Betchel / Direction générale de l'aviation civile de Dubaï*), *Hammond & Hausmann, La Revue*, n° 109, noviembre 2005, p. 13].

gar o no el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral a través de una curiosa interpretación de la expresión «se podrá denegar» que, en su opinión le confería una potestad facultativa. Y a esta razonamiento añadió el tenor del art. VII CNY según el cual las disposiciones de la Convención no «privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitida por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque»; tenor que suponía dar preferencia lo dispuesto en la *Federal Arbitration Act* que confería una serie de derechos a la actora, pues ésta partía de la presunción del carácter obligatorio del laudo arbitral, que únicamente puede ser anulado bajo unas condiciones muy estrictas. Con posterioridad en el asunto *Lapine Technology Corp. C. Kyocera Corp.* decidido un año después por los tribunales estadounidenses, el criterio judicial fue que sí se puede revisar el fondo del laudo cuando éste sea «completamente irracional o muestre total desaprensión de la ley». Sin embargo la doctrina sentada en *Chromalloy* no ha sido seguida de manera unánime, como muestra el asunto *Baker Marine*, a propósito de un laudo arbitral anulado en Nigeria y en el asunto *Martin I. Spier*, respecto de un laudo anulado por los tribunales italianos; en ambos casos los tribunales norteamericanos justificaron su decisión en el propio contenido de la cláusula compromisoria. En cualquier caso la posición favorable a que las jurisdicciones estatales conserven la facultad de reconocer los laudos arbitrales pronunciados en el extranjero, con independencia de los avatares que ha experimentado en otra jurisdicción, se ha visto confirmada por la sentencia del Tribunal de apelación de EE UU de 18 de junio de 2003 en el asunto *KCC/ Pertamina* con gran satisfacción por parte de sus defensores<sup>93</sup>.

26. Una valoración de la jurisprudencia reseñada pone el acento en que resulta cuanto menos dudoso la interpretación efectuada del art. V CNY y en que el poder discrecional, de carácter residual, del juez del exequátur pueda extenderse a un laudo que ha sido anulado en el Estado donde éste ha sido pronunciado. A este respecto cierto sector doctrinal insiste en el carácter excepcional que tienen alguno de los fallos que se han relatado y en que sus posiciones no

<sup>93</sup> E. Gaillard, «Anti-suit injunctions et reconnaissance des sentences annulées au siège: une évolution remarquable ju la jurisprudence américaine», *Journ., dr. int.*, t. 130, 3003, pp. 1104-1114.

pueden generalizarse<sup>94</sup>; el origen de muchos de los fallos arbitrales considerados en países islámicos<sup>95</sup> evidencia un sospechoso aroma del mal llamado «conflicto de civilizaciones». Sin embargo, posiciones muy sólidas elaboradas en el seno de la doctrina de América Latina dan un paso más anunciando una suerte de «muerte programada del Estado sede del arbitraje». Tres son los argumentos que se esgrimen para tal construcción. En primer lugar, el art. VI CNY por establecer que si se ha solicitado a la jurisdicción de la sede del arbitraje la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad judicial ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la decisión. En segundo lugar, la posibilidad establecida en el citado art. V.1º.e) de que se podrá denegar la ejecución de un laudo anulado por una autoridad competente del Estado en el que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia arbitral. Por último, y con mayor insistencia, el hecho de que el art. VII permita a los Estados no aplicar la Convención si su Derecho interno es más liberal, como es el caso de Francia, que no regula en el art. 1502 NCPC, dentro de las causales de inejecución, la hipótesis del laudo anulado en el extranjero. Siguiendo con este planteamiento, si una de las conquistas de la CNY fue la eliminación del sistema de doble exequátur, la posibilidad de que, al lado de la oposición del laudo en el lugar donde se pretende la ejecución, sea factible la acción de anulación en el lugar de la sede del arbitraje conduce al mismo resultado. De ahí que se propugne, pura y simplemente, suprimir esta última vía, máxime si se tiene en cuenta que prácticamente todas las legislaciones nacionales incluyen idénticas causales de anulación, abriendo un debate en esta materia<sup>96</sup>. En esta misma dirección debe retenerse que la Uncitral, en su sesión celebrada en el mes de julio de 2006 emitió una recomendación acerca de la interpretación que debía darse al art. VII.1º CNY en el sentido de que se aplique en forma que permita a las partes interesadas acogerse a los derechos que puedan corresponderles en virtud de las leyes o tratados del Estado en donde se invoque el acuerdo de arbi-

<sup>94</sup> Por ejemplo, refiriéndose a la sentencia *Chromalloy*, A.J. van den Berg apunta que no debe sacarse de su propio contexto llamando la atención que los motivos en que se apoya son más que discutibles, por lo que debe esperarse a que se produzca una continuidad jurisprudencial que confirme la línea avanzada («L'exécution d'une sentence arbitrale en dépit de son annulation», *Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage*, noviembre 1998, p.15).

<sup>95</sup> Vid., por todos, N. Najjar, *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, París, 2004.

<sup>96</sup> L. Pereznieto y J.A. Graham, «¿La muerte programada del Estado sede del arbitraje», *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, vol. VI, n° 2, 2006, pp.197-208.

traje, a fin de obtener el reconocimiento de la validez de dicho acuerdo. El objetivo no es otro que el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales en los Estados extranjeros donde se invoquen.

Como criterios contrarios cabe esgrimir que el juez de la sede del arbitraje es quien está mejor situado para ejercer el control del desarrollo del arbitraje y dicho control tiende a evitar que se produzcan supuestos de *forum shopping*. No puede desconocerse, sin embargo, la existencia de una corriente favorable a la aplicación en el sector que estamos considerando del art. VII CNY como instrumento limitador del control judicial del laudo arbitral efectuado por el Tribunal de de origen. Y dicha corriente ha llegado al paroxismo con la propuesta de suprimir el recurso de anulación en origen contra los laudos arbitrales de carácter internacional y limitando el control al momento del exequátur<sup>97</sup>.

#### IV. Consideraciones finales

27. Aunque el lugar donde se desarrolla el arbitraje en ningún caso puede asimilarse al foro del árbitro, la sede del tribunal arbitral sigue ocupando por el momento un papel importante, hasta el punto que su determinación suele estar guiada por las concepciones del Derecho y jurisprudencia nacional respecto al arbitraje. Dicha determinación entraña, en efecto, consecuencias tan relevantes como la determinación de la ley aplicable al procedimiento arbitral y de la consideración de si un arbitraje es nacional o internacional a las que se une la verificación de la arbitrabilidad de la materia. Si bien por el momento no cabe hablar propiamente de «anacionalidad», la neutralidad que proporciona el arbitraje, a partir del protagonismo jurídico de la sede donde se desarrolla, constituye un elemento psicológico de extraordinaria importancia en favor del juicio de árbitros<sup>98</sup>. La posibilidad de poder encontrar la solución del litigio en lo que se ha venido en llamar «un terreno neutral» debe, irrefutablemente, ser tenido muy en cuenta entre las ventajas que ofrece el arbitraje comercial internacional. Por eso una de las razones que han impulsado el desarrollo vertiginoso de este mecanismo de arreglo de controversias es la

<sup>97</sup> Cf. Ph. Fouchard, «La portée internationale de l'annulation...», *loc. cit.*, p. 329.

<sup>98</sup> Cf. Y. Derains, «El arbitraje, auxilio del comercio exterior», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n° 15, 2004, p. 13.

presencia de unas instancias mucho más neutrales que los tribunales ordinarios para la solución de los conflictos que se generan de la contratación internacional en un marco y espíritu de ecuanimidad al margen de los valores existentes en una determinada comunidad nacional, sino con arreglo a los diarios criterios de los hombres de negocios en cuya ambientación se celebró y debió ejecutarse un compromiso contractual. De esta suerte, el arbitraje puede desarrollarse en cualquier Estado, en cualquier lengua y puede ser dirigido por árbitros de cualquier nacionalidad. Una flexibilidad que permite, a la postre, el desarrollo de un procedimiento en el que una de las partes no esté en situación de privilegio respecto de la otra<sup>99</sup>.

28. La posición favorable a que las jurisdicciones estatales conserven la facultad de reconocer los laudos arbitrales pronunciados en el extranjero, con independencia de los avatares que ha experimentado en otra jurisdicción es una tendencia manifiesta en la jurisprudencia de los Estados favorables a la institución arbitral y cuenta con un favorable apoyo de importantes sectores de los círculos arbitrales. Con ello se limita el papel privilegiado que corresponde al juez de origen en aras de la mundialización del arbitraje comercial no pudiendo ser esgrimida internacionalmente una formalidad local como causa de nulidad de un laudo, máxime cuando éste se presente su reconocimiento ante un tribunal distinto del Estado en donde fue anulado. Dicho en otros términos, el fallo del árbitro queda absolutamente desvinculado de un orden jurídico estatal determinado. Con ello se está a un evidente rechazo de las concepciones tradicionales para la relevancia de la sede del arbitraje insistiéndose en el carácter coyuntural con que en muchas ocasiones se designa la sede para restar legitimidad a una eventual incidencia de la legislación de ese Estado.

Sin embargo aún persisten posiciones que parten de la corrección de la aplicación de la ley de la sede para establecer la regularidad del laudo arbitral, entre otras cosas, por ser conforme a lo dispuesto en el art. 34 LMU y en la mayor parte de las legislaciones que la siguen. Sentada esta premisa, en relación con el respeto a la mayor o menor confianza en la aplicación de la ley local por parte de los jueces que efectúan el control en origen, debe tenerse en

<sup>99</sup> K.H. Bockstiegel, «International Commercial Arbitration. Arbitration between Parties from Industrialized and Less Developed Countries», *International Law Association Reports*, vol. 60, 1982, pp. 269-302.

cuenta que la sede es producto de la libre elección de las partes, lo que no ocurre con el Estado donde debe realizarse la ejecución del laudo. A partir de aquí el juez del exequátur deberá atender únicamente a los eventuales errores de carácter internacional que entrañe el laudo arbitral poseyendo en esta materia una competencia de carácter discrecional, que no puede aplicarse cuando el defecto del laudo obedezca a un criterio de carácter local<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> J.F. Poudret, «Quelle solution pour en finir avec l'affaire Hilmarton?», *Rev. arb.*, 1998 p. 7.